



“JUDICIAL REVIEW”¹ SEM UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA*

JUDICIAL REVIEW WITHOUT A CONSTITUTION

Douglas E. Edlin**

RESUMO: Nos Estados Unidos, o “judicial review” é entendido, desde *Marbury v. Madison* (1803), como a avaliação judicial de atos governamentais para assegurar a compatibilidade com a Constituição. Mas antes e depois do caso *Marbury*, cortes estaduais e federais desenvolveram e praticaram uma espécie de “judicial review” no qual os princípios do “Common Law”, conjuntamente ou ao invés de um cânon documental, onde se utiliza o corpo fundamental da doutrina jurídica para avaliar as ações públicas. Este artigo corrige alguns erros de concepção pelos quais a forma de “judicial review” utilizada no caso *Marbury* [controle de constitucionalidade] seria a única forma de “judicial review” que existiu ou possa existir neste país. Mais particularmente, o artigo esclarece uma falha de certos escritores em distinguir corretamente o “Common Law” e o direito natural como áreas da teoria e da doutrina do direito. Ao corrigir alguns destes erros históricos e teóricos, o artigo delinea uma compreensão do “judicial review” que descreve mais ampla e corretamente o seu desenvolvimento durante o período formativo do pensamento constitucional norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Judicial Review. Common Law. Direito Natural. *Marbury*. Constituição.

ABSTRACT: In the United States, judicial review is understood, since *Marbury v. Madison* (1803), as judicial evaluation of government action to ensure compliance with the Constitution. But before and after *Marbury*, state and federal courts developed and practiced a form of judicial review in which common law principles, along with or instead of a canonical document, were the foundational body of legal doctrine against which public actions were assessed. This article carefully examines the cases in which this alternative form of judicial review emerged, and corrects certain misconceptions that *Marbury* must be the only form of judicial review that has existed or can exist in this country. More particularly, the article clarifies a failure by certain writers to distinguish properly between common law and natural law as matters of legal theory and legal doctrine. In correcting some of these theoretical and historical errors, the article outlines an understanding of judicial review that more fully captures its development during the formative period of American constitutional thought.

KEYWORDS: Judicial Review. Common Law. Natural Law. *Marbury*. Constitution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os Precedentes das Cortes Estaduais. 2. Os Casos da Suprema Corte. 2.1 O Caso *Calder v. Bull*. 2.2. O Caso *Chisholm v. Geórgia*. 2.3. O Caso *Fletcher v. Peck*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo procura demonstrar que o entendimento atual do controle da constitucionalidade como derivado ou dependente de uma constituição escrita corrompe a doutrina, tal como foi desenvolvida no período formativo do pensamento constitucional norte-americano. Eu argumentarei que, tanto antes como depois da ratificação da Constituição dos

¹ N. do T. A expressão “judicial review” é normalmente traduzida por controle de constitucionalidade, mas neste artigo o autor analisa o controle de atos legislativos com base em parâmetros que não coincidem, necessariamente, com a Constituição escrita, de modo que preferimos manter o termo no original.

* O tradutor para a língua portuguesa, Romulo Ponticelli Giorgi Júnior, é mestre e doutorando em Direito Constitucional pela UFRGS, Procurador da Fazenda Nacional e Professor de Direito Constitucional na Faculdade São Judas Tadeu. Foi Procurador do Município de Porto Alegre, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Advogado da União.

** Professor Assistente do Departamento de Ciência Política da Faculdade Dickinson. O autor agradece a Ken Kersch, a Dick Morgan, a Jim Murphy e a Sylvia Snowiss, assim como aos revisores anônimos que providenciaram várias sugestões muito úteis, por ter lido as versões prévias deste artigo e por terem corrigido erros nas ideias e na expressão destas. O autor assume a responsabilidade pelos erros que permaneceram.

Estados Unidos da América, cortes estaduais norte-americanas e a Suprema Corte empreenderam uma forma de “*Judicial Review*” baseado em princípio do “*Common Law*”. Como um corolário a este argumento, eu explicarei que juízes e advogados proeminentes do período colonial norte-americano reconheceram uma distinção doutrinária e conceitual entre o “*Common Law*” e o direito natural como corpos de princípios de bases para uma decisão judicial. A influência do “*Common Law*” ao invés do direito natural como um fundamento para um controle extra-constitucional de juridicidade (“*extra-constitucional judicial review*”) forneceu uma base nas fontes jurídicas anglo-americanas para o controle como uma forma jurídica (ao invés de fora do direito) do poder de controle (da juridicidade e da constitucionalidade) pelo judiciário.

Eu me focarei em frases cuidadosamente escolhidas de certas opiniões judiciais como suporte para minha tese que os juízes cujas decisões eu exponho basearam seu raciocínio e processo decisório no “*Common Law*”. Pode parecer inicialmente que esta ênfase em uma fraseologia específica é um tanto quanto forçada e aleatória, principalmente baseada em decisões tomadas há dois séculos. Mas como explica Forrest McDonald, os termos e frases escolhidas do tempo em que aquelas decisões foram escritas são especialmente importantes para uma compreensão historicamente precisa, porque estes termos e frases repetidos e inter-relacionados eram frequentemente, e devem ser agora, associados “*com ideologias particulares ou corpos de idéias*”². Seguindo McDonnald, então, eu pretendo demonstrar que as frases que eu saliento eram e devem ser associadas com uma orientação intelectual que favoreceu o “*Common Law*” como base para a avaliação de teses e para a tomada de decisões judiciais.

Eu escolho focar na linguagem específica das opiniões judiciais e nos argumentos particulares propostos pelos advogados perante as cortes pois estou interessado em fazer um argumento jurídico. Fontes do direito dotadas de autoridade (“*authoritative legal sources*”) tem um papel decisivo no pensamento jurídico. Em alguma extensão, a falha em reconhecer a importância das fontes do direito para a compreensão do pensamento jurídico levou alguns escritores a confundir o direito natural e o “*Common Law*” na discussão dos casos judiciais que eu examinarei.

A menção a fontes do direito dotadas de autoridade nos leva a dois pontos adicionais. Primeiro, minha análise se focará nestas fontes – principalmente os precedentes (“*case Law*”)

² McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*. Lawrence, KS, USA: University Press of Kansas, 1985, p. XI.

— já que eles eram e são geralmente tratados pelos advogados e pelos juízes quando envolvidos com a avaliação de teses judiciais. Busco salientar a distinção entre o “*Common Law*” e o direito natural dentro da tradição do “*Common Law*” de raciocínio prático utilizando um domínio discreto e limitado de fontes do direito dotadas de autoridade³. Segundo, apesar de uma discussão mais extensa do caráter das fontes do direito dotadas de autoridade esteja além do escopo deste ensaio, há alguma questão acerca do que, precisamente, a Constituição contém como fonte do direito⁴. Para os propósitos deste artigo, minha pretensão é apenas a (espero) pacífica asserção que a linguagem da constituição mantém um papel indiscutível na formulação da doutrina constitucional. E o texto constitucional, seja ele construído de forma expansiva ou restritiva, é uma fonte do direito distinta de outras fontes “*não escritas*” do direito, mesmo se algumas fontes não escritas do direito possam ter uma dimensão constitucional. Mais especificamente, o fato de que a Constituição dos Estados Unidos e várias constituições estaduais foram escritas tem sido utilizado para diferenciar documentos constitucionais do “*Common Law*”⁵. Uma evidência desta diferenciação pode ser encontrada nos casos que eu discutirei, porque os juízes repetidamente referem ao “*Common Law*” e às Cartas Constitucionais como fontes independentes (ainda que relacionadas) do direito fundamental.

Eu tenho três principais objetivos para este artigo. Primeiro, quero enfatizar e clarear a análise doutrinária de alguns antigos precedentes norte-americanos sobre os quais os estudiosos continuam a discordar. O artigo oferece uma visão historicamente fundada e teoricamente integrada de algumas decisões importantes que ajudaram a dar forma às relações entre as instituições para os séculos vindouros. Segundo, o artigo visa a uma avaliação do “*judicial review*” que pode ajudar aos teóricos a avaliar melhor o caráter jurídico e histórico genuíno do constitucionalismo norte-americano em termos da natureza da constituição dos EUA e de suas implicações para as autoridades legislativas, autonomia judicial e direitos individuais. Terceiro, o artigo traça os contornos distintivos de diferentes fontes de direito fundamental “*não escrito*”. Em particular, eu chamo a atenção em certos pontos a distinções entre o “*Common Law*” e o

³ POSTEMA, Gerald. J. Law’s Autonomy and Public Practical Reason. In. Ed. GEORGE, Robert. P. *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 83; SCHAUER, Frederick & WISE, Virginia. Legal Positivism as Legal Information. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, USA, n. 82, p. 1080-1110, 1997, especialmente pp. 1093-1099.

⁴ MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. & MACEDO, Stephan. *American Constitutional Interpretation*. 3. ed. Westbury, NY, USA: Foundation Press, 2.003, capítulo V.

⁵ WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation*. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 1999, pp. 48-53.

direito natural como corpos de princípios jurídicos para os quais os advogados e os juízes apelam quando argumentam ou decidem casos. Alguns estudiosos hoje acreditam que os advogados norte-americanos no final do século XVIII e no início do século XIX não distinguiam entre estas várias fontes de direito não escrito. Outros aceitam que alguns norte-americanos faziam esta distinção, mas analisam os casos que eu exponho utilizando um embasamento em direito natural, que estaria subjacente nas experiências do “*judicial review*” durante este período⁶. De fato, a leitura destes casos antigos como baseados no direito natural é tão amplamente aceita que as pessoas raramente param para considerar o assunto.

Como explicarei abaixo, ambas visões são errôneas. O “*Common Law*” era a fonte principal do direito fundamental, sendo invocado por vários influentes juristas norte-americanos do passado como autoridade jurídica para o “*judicial review*”. A distinção entre “*Common Law*” e direito natural é significativa para a adequada compreensão destes precedentes, as bases conceituais autênticas do “*judicial review*” e do constitucionalismo, e dos métodos para a avaliação de teses e para a tomada de decisões judiciais⁷.

Com tudo isto em mente, eu devo explicar como eu defino e distingo “*Common Law*” e direito natural. O direito natural se refere à visão de que certos direitos ou valores são inerentes ou universalmente cognoscíveis em virtude da razão humana ou da natureza humana (ou dos próprios direitos e valores derivados). O direito natural também se caracteriza por um comprometimento meta-ético ao realismo moral⁸. Deste modo, se alguma coisa cai no domínio do “*direito*” esta é, para um defensor do direito natural, pelo menos parcial ou nominalmente determinada pela referência a um padrão ou norma extra-legal⁹. O “*Common Law*” é a tradição

⁶ McCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. 3. ed. Chicago, IL, USA: University of Chicago Press, 2000, pp. 32-33 e 48; SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New Haven, CT, USA: Yale University Press, 1990, pp. 68-69 e 126-127; SHERRY, Suzanna. Natural Law in the States. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, OH, USA, n. 61, p. 171-222, 1992, especialmente as páginas 171-172 e 214-215; SHERRY, Suzanna. The Founders’ Unwritten Constitution. *University of Chicago Law Review*, Chicago, IL, USA, n. 54, p. 1127-1177, 1987, especialmente as páginas 1172-1173.

⁷ Eu devo também mencionar que eu não proponho que o “*Common Law*” e o direito natural eram (ou são) inteiramente irreconciliáveis, nem que sejam conjuntos de princípios mutuamente excludentes. Pelo contrário, alguns princípios do “*Common Law*” eram entendidos como reflexos de preceitos do direito natural. Minha análise dos precedentes visa demonstrar, entretanto, que as relações mais gerais entre o “*Common Law*” e o direito natural não importam necessariamente em sua recepção pelas cortes como fontes reconhecidas da dogmática jurídica, e é aqui que a distinção conta para os meus propósitos – como um fundamento doutrinário e teórico do “*judicial review*”.

⁸ MOORE, Michael S. Law as a Functional Kind. In. ed. GEORGE, Robert. P. *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 189-190. Este é um aspecto consistente do pensamento jusnaturalista de suas raízes tomistas aos dias modernos. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, pp. 18, 24, 30-36, 59-97, 126-127 e 225.

⁹ FINNIS, 1980, pp. 363-364.

jurídica na qual certos direitos ou valores são cognoscíveis por meio do reconhecimento ou articulação judiciais. Por cognoscíveis juridicamente eu entendo capazes de serem afirmados por indivíduos por meio da participação (em um processo) ou da interposição de um processo judicial. Se alguma coisa cai no domínio do “*direito*” esta é, para um defensor do “*Common Law*”, determinada por padrões jurídicos e por normas – os métodos e fontes próprios para esta tradição jurídica. Ao contrário do direito natural, o “*Common Law*” propriamente dito não tem não tem nenhum pré-conceito meta-ético ou extra-legal.

Esta distinção conceitual do “*Common Law*” de outro direito era bem conhecida de certos antigos advogados e juízes norte-americanos. Eu não quero sugerir que todos os juízes norte-americanos sempre observaram a distinção. Mas alguns o fizeram. E vale a pena ver a expressão coerente desta orientação intelectual nestes antigos precedentes norte-americanos.

Para vários importantes advogados e juízes norte-americanos criados na tradição jurídica britânica, o “*Common Law*” não sofria das específicas fraquezas conceituais e jurídicas que debilitam o direito natural¹⁰. Enquanto o direito natural era percebido por alguns como um embasamento jurídico muito tênue para assegurar direitos concretos limitações governamentais, o “*Common Law*” representava um corpo de conceitos e doutrinas histórica e juridicamente estabelecidos (tais como o devido processo, processo pelo júri, direitos à liberdade e à propriedade) que definiam a posição institucional do judiciário e sua obrigação de preservar direitos individuais. Ademais, dada a sua perspectiva do “*Common Law*”, muitos antigos juristas norte-americanos acreditavam que até que direitos fundamentais fossem reconhecidos pelas cortes, ou por outra fonte reconhecida em um sistema do “*Common Law*”, eles não poderiam ser chamados com confiança de direitos. Tivesse a força moral que tivesse, o direito natural não era uma fonte reconhecida pelo ordenamento jurídico, (como o era o

¹⁰ John Phillip Reid desconsidera a influência do direito natural no reconhecimento de direitos específicos no período colonial e pós-revolucionário norte-americano. De fato, ele afirma que “*o direito natural nunca foi a fonte dominante do direito, e talvez nem sequer uma fonte significativa*”: REID, John Phillip. *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*. Chicago, IL, USA: University of Chicago Press, 1988, p. 128. É justo e correto afirmar, como Reid e McDonald afirmam, que o direito natural não era apreciado por alguns advogados e políticos da época, por ser visto como demasiado amorfo e inseguro para embasar direitos ou para ser utilizado como fonte do direito positivo: REID, John Phillip. *Constitutional History of the American Revolution: The Authority to Legislate*. Madison, WI, USA: University of Wisconsin Press, 1991, p. 74; McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*. Lawrence, KS, USA: University Press of Kansas, 1985, pp. 57-59. Mas também é verdade, como Reid concede às vezes, que o direito natural serviu, de fato, como base para reivindicações jurídicas e para direitos em decisões judiciais, atos legislativos e pronunciamentos jurídicos: REID, John Phillip. *Constitutional History of the American Revolution: The Authority of Rights*. Madison, WI, USA: University of Wisconsin Press, 1986, pp. 90-91.

“*Common Law*”) ¹¹. Os precedentes que eu discuto são indicativos de uma importante e distinta perspectiva no pensamento jurídico norte-americano de acordo com o qual o “*Common Law*” se apresentava como dotado de uma autoridade particularmente importante. Os juízes norte-americanos estavam começando a afirmar uma autoridade e autonomia institucionais baseados na tradição jurídica britânica; autoridade e autonomia que, no entanto, não eram familiares para a estrutura constitucional e a ortodoxia britânicas ¹². Uma nova análise destes precedentes irá, espero, ajudar a reorientar o estudo do antigo “*judicial review*” norte-americano e clarear a evolução específica do direito público nos Estados Unidos.

Esta análise também é útil para a apreciação teórica do “*judicial review*” (do controle de constitucionalidade) na atualidade. Apreciando as distinções históricas entre o “*Common Law*” e o direito natural e entre a Constituição e seus antecedentes no “*Common Law*” contribuirá para os debates atuais acerca da independência do judiciário, a responsabilidade institucional, e o escopo e as justificações do “*judicial review*” (do controle da constitucionalidade) ¹³. Por exemplo, teóricos contemporâneos assumem frequentemente que direitos não enumerados ou extraconstitucionais são ou poderiam ser derivados do direito natural ¹⁴. Estes argumentos permanecem abertos ao desafio de que esta forma de autoridade judicial exceda os limites da legalidade. Em outras palavras, o “*judicial review*” extra-

8

¹¹ RIGGS, Robert E. Substantive Due Process in 1791. *Wisconsin Law Review*, Madison, WI, USA, ano 1990, p. 941-1005, 1990, especialmente pp. 984-985.

¹² REID, 1991, p. 302.

¹³ Esta análise conflita com os esforços de Robert Clinton para demonstrar que a Constituição se apóia em fundamentos do “*Common Law*” e que o “*Common Law*”, de sua parte, se apoiaria em fundamentos do direito natural clássico. O argumento de Clinton equivale a negar definitivamente a posição privilegiada das fontes reconhecidas do direito (ou das fontes do direito dotadas de autoridade – “*authoritative legal sources*”) para a avaliação de teses jurídicas e da habilidade das cortes do “*Common Law*” para impor os princípios do direito natural: CLINTON, Robert Lowry. *God and Man in the Law: The Foundations of the Anglo-American Constitutionalism*. Lawrence: University Press of Kansas, 1997, pp. 100-103, 189 e 221. Esta tese gera problemas em vários pontos. Ela passa por cima de importantes diferenças entre o pensamento de, por exemplo, Coke e Blackstone. Ela se foca no positivismo de John Austin sem confrontar seriamente as teorias mais sofisticadas de positivistas contemporâneos tais como H. L. A. Hart ou Joseph Raz ou Jules Coleman (cujos trabalhos como positivistas modernos são sumariamente desconsiderados como “*contendo contradições e contrários à experiência*”): CLINTON, 1997, p. 130. E com sua ênfase no direito natural clássico, como ele o define, Clinton deliberadamente vincula a teoria do direito natural novamente a uma epistemologia abertamente teísta sem referir o trabalho de, por exemplo, FINNIS, 1980, pp. 388-403; SMITH, Thomas W. Finnis’ Questions and Answers: An Ethics of Hope or Fear? *American Journal of Jurisprudence*, Oxford, UK, n. 40, p. 27-49, 1995, especialmente p. 29. Finalmente, em sua rejeição do positivismo de Austin e da natureza oficial das fontes do direito, Clinton falha em reconhecer que defensores do direito natural, tais como Finnis, não acreditam que a teoria do direito natural precise recusar-se a reconhecer a importância das fontes do direito dotadas de autoridade para a avaliação de teses jurídicas na tradição do “*Common Law*”. FINNIS, 1980, pp. 319-320; FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 134-157, especialmente pp. 142 e 151.

¹⁴ SHERRY, 1992, p. 174-178.

constitucional baseado no direito natural é algumas vezes visto como um “*judicial review*” extra-legal, pois os princípios do direito natural não são identificados como fontes do direito dotadas de autoridade pela tradição do “*Common Law*”¹⁵. Ao basear o controle extra-constitucional em fontes reconhecidas do direito derivadas de dentro da tradição e do processo do “*Common Law*”, eu explico que a autoridade das cortes para engajar-se no controle da juridicidade (“*Common Law Review*”) permanece delimitada.

Ademais, a ausência de referências explícitas ao “*judicial review*” (ao controle de constitucionalidade) na Constituição dos Estados Unidos da América é frequentemente vista como meio para obstáculo – teórica e historicamente, se não praticamente – ao exercício deste poder pelas cortes norte-americanas. O meu argumento põe em questão a importância desta omissão para os propósitos de estabelecer uma autoridade judiciária autônoma dependente da tradição jurídica e das fontes do direito. Eu sustento que a esfera de ação e a natureza da autoridade judicial e a independência institucional na tradição do “*Common Law*” não eram, e não devem ser, concebidos como criadas ou completamente circunscritas por um documento escrito. Nos Estados Unidos, isto significa que a solução do problema anti-majoritário não precisa, e em última análise não pode ser resolvido pela referência aos modos familiares de interpretação constitucional (interpretação textual no sentido original – “*originalism*”, interpretação contextual limitada ao texto e aos poderes implícitos contidos no texto – “*interpretivism*”, etc.). Na Inglaterra (e todos as demais partes do mundo do “*Common Law*”), isto significa que esforços para reconciliar a soberania parlamentar e o “*Rule of Law*”¹⁶¹⁷ não pode ser realizada somente com a utilização da doutrina *ultra vires*¹⁸.

9

¹⁵ REID, 1986, p. 90. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA, USA: Harvard University Press, 1980, pp. 48-54; CASTO, William R. James Iredell and the American Origins of Judicial Review. *Connecticut Law Review*, Hartford, Connecticut, USA, n. 27, p. 329-363, 1995, especialmente pp. 351-356.

¹⁶ N. do T. O “*Rule of Law*” é o padrão ou modelo básico da supremacia do Direito no mundo do “*Common Law*”. “Nos países de ‘common law’, o direito que deve sobrepairar à política e ao Estado, não é, por si mesmo, o dos comandos constantes dos ‘statutes’...Mas é o direito revelado nos precedentes judiciais, os quais manejam, também, os ‘statutes’”: SOUZA JR., Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre, 2002, p. 94.

¹⁷ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. Indianapolis, USA: Liberty Found, 1982, pp. 107-122.

¹⁸ Em outro lugar, este ponto é desenvolvido com mais extensão à luz da análise de precedentes britânicos e da teoria constitucional. EDLIN, Douglas E. From Ambiguity to Legality: The Future of English Judicial Review. *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, MI, USA, v. 52, n. 2, p. 383-401, 2004.

1 OS PRECEDENTES DAS CORTES ESTADUAIS

Os norte-americanos, hoje em dia, pensam no “*judicial review*” como o processo pelo qual juízes controlam a legislação para assegurar a compatibilidade com a Constituição dos Estados Unidos e ocasionalmente invalidam leis apontadas como violadoras da Constituição. O *locus classicus* para esta autoridade é a decisão do presidente da Suprema Corte do Estados Unidos (“*Chief Justice*”) John Marshall em *Marbury*¹⁹. Mas “*muito antes de Marbury X Madison, houve exemplos de juízes de cortes estaduais anunciando o poder das cortes de anular legislação inconstitucional*”²⁰. Muitas destas decisões das cortes estaduais não baseiam o “*judicial review*” em nenhum parâmetro legal escrito; ao invés disto, eles baseiam a autoridade dos juízes para controlar a legislação nos princípios do “*Common Law*”. Estes precedentes das cortes estaduais são indispensáveis para uma compreensão completa do desenvolvimento do “*judicial review*” nos Estados Unidos. Na revisão destes precedentes das cortes estaduais, eu me restrinjo aos precedentes nos quais as cortes estaduais referem explicitamente ao “*Common Law*” como o padrão jurídico para o “*judicial review*” independentemente tanto do direito natural como de uma constituição escrita²¹.

10

Para ampliar os entendimentos atuais do “*judicial review*” de modo que eles reflitam precisamente o desenvolvimento histórico da doutrina, eu preciso distinguir a concepção atual do “*judicial review*” da versão alternativa que coexistia com ele no século XVIII e no início do século XIX nos Estados Unidos. Eu referirei à versão do “*judicial review*” estabelecida por

¹⁹ *Marbury X Madison*, 5 U.S. (1. Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

²⁰ HOWARD, A. E. Dick. *The Road from Runnymede: Magna Carta and Constitutionalism in America*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1968, p. 280.

²¹ Gordon Wood reconhece a influência das noções do constitucionalismo do “*Common Law*” nas concepções pós-revolucionárias do “*judicial review*” e as restrições jurídicas à vontade do legislador. Entretanto, os precedentes que Wood cita mais enfaticamente como as mais claras expressões desta concepção de autoridade judicial são *Rutgers v. Weddington*, *Trevett v. Weeden* e *Bayard v. Singleton*. WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel. Hill: University of North Carolina Press, 1969, pp. 457-461. Como o próprio Wood reconhece, o precedente *Rutgers* baseia-se, pelo menos em parte, em uma possível violação da Constituição do Estado de Nova Iorque. Para certificar-se, a corte também parece levar em consideração o conflito entre a legislação estadual e o “*Common Law*”, mas nunca esclarece com precisão qual corpo de princípios jurídicos a corte considera controlar. Adicionalmente, e talvez com ainda mais importância, a corte afasta explicitamente qualquer autoridade para rejeitar a vontade claramente expressa do Legislativo (como Wood também reconhece). *Trevett* utilizava principalmente apelos ao direito natural juntamente com o “*direito e a razão comuns*”, enquanto *Bayard* baseia-se unicamente na determinação da inconstitucionalidade. NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence, KS, USA: University Press of Kansas, 2000, p. 37. Estes detalhes das opiniões referidas por Wood levam-me a concordar com as suas conclusões, enquanto sugerem que o suporte doutrinário para aquelas conclusões pode ser melhor encontrado nos precedentes que eu examino aqui do que nos casos selecionados por Wood.

Marbury como “*constitutional review*” (controle de constitucionalidade)²². Esta expressão é utilizada apenas para se referir ao controle dos atos legislativos para assegurar a compatibilidade com os ditames da Constituição dos Estados Unidos. Eu me referirei ao controle dos atos legislativos para assegurar a compatibilidade com os princípios do “*Common Law*” como “*Common Law Review*”. Tal como no “*Constitutional Review*” (controle de constitucionalidade), eu escolhi a expressão “*Common Law Review*” para enfatizar o corpo de princípios jurídicos em face do qual a ação legislativa é avaliada. Eu continuarei a utilizar a expressão “*Judicial Review*” para me referir genericamente a autoridade judicial para revisar atos do legislativo sem me referir ao corpo jurídico subjacente invocado no processo de avaliação²³.

Ham v M’Claws foi o primeiro caso no qual uma corte estadual determinou que a legislação contrária ao “*Common Law*” era nula. Recusando-se a convalidar a norma confiscatória no caso *sub judice* e incorporando argumentos do advogado, a corte de Carolina do Sul, integrada pelos juízes Grimke, Waties e Drayton, referiram e invocaram especificamente o “*Common Law*” em sua decisão:

“Era, portanto, dever da corte, neste caso, enquadrar sua decisão com as normas do direito comum e da justiça. Pois havia certas regras fixas e estabelecidas, fundadas na razão e na natureza das coisas, que eram superiores a todas as leis; e se normas são feitas contra estes princípios, elas são nulas e desprovidas de eficácia. Por exemplo, leis feitas contra o direito comum e a razão, são nulas. 8 [Co.] Rep. 118 ... É claro que normas promulgadas contra os claros e evidentes princípios do direito e do senso comuns são absolutamente nulas e desprovidas de eficácia, tanto quanto elas estão calculadas para operar contra estes princípios.”²⁴

²² Suzanna Sherry argumenta que a decisão de Marshall em *Marbury* baseia-se tanto na Constituição como no “*direito fundamental não escrito*”. SHERRY, 1992, p. 1169-1170. O problema na análise de Sherry é que a expressão “*direito natural*” não aparece em lugar algum na opinião de *Marbury*. Por outro lado, Marshall refere várias vezes, inclusive na parte da opinião que Sherry discute, à doutrina e às cortes do “*Common Law*”. *Marbury*, 5 U.S. at 163-165. Contudo, o esforço do Prof.^a Sherry em chamar a atenção para a base jurídica não constitucional da decisão de Marshall em *Marbury* é louvável. De fato, a confiança de Marshall no “*Common Law*” em *Marbury* fornece mais crédito a minha afirmação da coexistência do “*Common Law Review*” e do “*Judicial Review*” no antigo direito norte-americano.

²³ Larry Kramer afirma que nem os Fundadores, nem a Constituição nem *Marbury* importaram na outorga da autoridade específica para controlar os atos dos braços governamentais coordenados pela conformidade com a Constituição. KRAMER, Larry D. *We The Court*. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, USA, n. 115, p. 4-167, nov. 2001, especialmente as pp. 43-50, 86-87, 89-91, 97-100. Pode ainda ser verdade, entretanto, que haja outra base para a autoridade judicial controlar atos legislativos por sua conformidade com princípios jurídicos. Os argumentos de Kramer são, portanto, tangenciais, ou talvez paralelos aos meus. Eu estou interessado em estudar o suporte doutrinário antigo para o “*judicial review*” durante o período seguinte à Revolução, mas, ao contrário de Kramer, eu me foco nos fundamentos doutrinários desta autoridade além do (mas algumas vezes ao lado do) “*Constitutional Review*”.

²⁴ 1 Bay 93, 96, 98, 1 S.C. 38, 39, 40 (1789). A primeira parte do trecho acima referido é um sumário dos argumentos do advogado aprovados pela corte e a segunda parte é a determinação da corte. Eu devo enfatizar que

Três anos mais tarde, *Bowman v Middleton* foi decidido pelos juízes Grimke e Bay da corte da Carolina do Sul. O caso *Bowman* envolvia uma Lei de 1.712 que transferia a propriedade de uma parte para outra. Os demandantes herdaram a terra do beneficiário da Lei de 1.712. Middleton tinha concordado em comprar a terra dos demandantes. Mais tarde, Middleton se recusou a consumir a compra, alegando que uma parte da propriedade ainda pertencia aos herdeiros do proprietário original e não aos demandantes. Os autores afirmaram ser os únicos proprietários da terra, baseados na Lei de 1.712. Apesar da passagem de oitenta anos desde a transferência putativa de propriedade nos termos da retrocitada Lei, a corte deu ganho de causa para Middleton e anulou a Lei de 1.712 como violadora dos princípios do “*Common Law*”.

“Os autores não podem alegar título algum com base na Lei em questão, pois esta estava em contradição com o direito comum, assim como com a Magna Charta, tirar a livre propriedade de um homem e transferi-la a outro, e isto, ainda, com prejuízo de terceiros, sem qualquer compensação, ou mesmo um processo por um júri da província, para determinar o direito em questão. A lei era, portanto, ipso facto nula. Que nenhum período de tempo possa lhe conferir validade, pois foi originalmente fundada em princípios errôneos.”²⁵

12

O caso *Bowman* envolveu uma Lei promulgada pela assembleia legislativa colonial da Carolina do Sul. Por esta razão, e para evitar qualquer preocupação com a retroatividade, a decisão da Corte pode ser lida como aplicando princípios do “*Common Law*” que estavam em vigor quando a Lei foi promulgada. E assim, isoladamente, o caso *Bowman* não responde à questão de se a constituição estadual e os princípios do “*Common Law*” eram vistos como fontes distintas de direitos fundamentais contra os quais a Lei de 1.712 foi avaliada. O caso forneceria mais algum auxílio nesta questão se a Lei analisada tivesse sido promulgada após a ratificação da constituição estadual.

A corte da Carolina do Sul reiterou a importância do “*Common Law*” como base para a avaliação da legislação em *Lindsay v. Commissioners*, que envolveu um caso de ocupação. Especificamente, foi solicitado que a corte determinasse se os proprietários cujos terrenos urbanos foram apropriados pelo Estado para uso público na construção de uma rua teriam direito a uma compensação. Após aprovar por unanimidade a autoridade do Estado para adquirir a propriedade, a corte se dividiu em 2 a 2 na questão da compensação. Dois aspectos do caso

as expressões “*direito e razão comuns*” são sinônimos da expressão “*Common Law*”. BURGESS, Glenn. *Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*. New Haven, CT: Yale University Press, 1996, pp. 183-185.

²⁵ 1 Bay 252, 254-255, 1 S.C. 101, 102 (1792).

são especialmente dignos de nota para o meu argumento. Primeiramente, apesar dos juízes discordarem sobre a própria solução do caso, todos eles invocaram os princípios do “*Common Law*” como as bases jurídicas para a sua análise e solução. Por exemplo, o Juiz Thomas Waties concluiu, juntamente com o Juiz Aedanus Burke, que a legislação deveria ser afastada e que o Estado deveria providenciar a compensação aos proprietários. O Juiz Waties explicou a base jurídica para sua conclusão na passagem abaixo:

“Ele [o Juiz Waties] admitiu o direito do Estado de tomar a propriedade de um indivíduo... mas ao exercitar este poder, é essencial para a sua validade, que uma compensação integral seja propiciada a tempo, para cada lesão que o indivíduo possa sofrer... O ‘*Common Law*’ da Inglaterra, que também tinha reconhecido este poder, o faz sempre com a mesma restrição... Os direitos dos nossos cidadãos não são menos valiosos que aqueles do povo da Inglaterra: nós temos, ademais, uma Constituição que limita e controla o poder do legislativo, cujo 9º. artigo declara que nenhum homem livre pode ser privado de sua propriedade, senão pelo julgamento de seus pares ou pelo direito do lugar (‘*law of the land*’). Em uma ocasião anterior, ele disse que tinha realizado uma longa investigação da expressão ‘*lex terrae*’ e, portanto, deveria apenas referir aqui, que ela significa o ‘*Common Law*’... Ele disse que ele entendia, portanto, que a constituição queria dizer que nenhum homem livre deveria ser privado de sua propriedade, senão pelos meios que tem sido autorizados pela antiga ‘*Common Law*’ da região... Por quais meios, então, autoriza o ‘*Common Law*’ o poder de tomar a propriedade para uso público? ‘*forneendo*’, diz o Sr. Blackstone, ‘uma indenização integral por ela.’ Esta é a condição da qual o exercício válido deste poder depende.”²⁶

13

Os Juízes John Grimke e Elihu Bay, que discordaram com o Juiz Waties acerca da questão da compensação, concordaram, todavia, com ele que o “*Common Law*” era a fonte jurídica em face da qual a legislação analisada deveria ser avaliada assim como a limitação jurídica do poder legislativo estatal. Como eles dizem:

“Eles consideraram a Lei em questão como autorizada pelos princípios fundamentais da sociedade... A assembléia legislativa da Carolina do Sul tinha exercido este poder e autoridade [de fazer e manter vias públicas], desde o primeiro estabelecimento do governo civil em si até os presentes dias. Eles a consideraram, portanto, uma parte do ‘*Common Law*’ da Carolina do Sul, como qualquer outra deste grande e valioso sistema.”²⁷

Os Juízes Grimke e Bay concordaram com o Juiz Waties não apenas acerca da autoridade dispositiva do “*Common Law*” para a questão jurídica analisada. O seu segundo e mais sutil ponto de concórdia refere-se à relação entre o “*Common Law*” e a Constituição da Carolina do Sul. Acerca deste ponto, escreveram os Juízes Grimke e Bay:

²⁶ 2 Bay 38, 58, 59-60 (1796).

²⁷ 2 Bay at 56, 57.

“Que não era em face da Magna Charta, nem da Constituição estadual, mas de parte da ‘lex terrae’, que ambos buscam defender e proteger. A tão celebrada Magna Charta da Grã-Bretanha... era portanto apenas declaratória do bem conhecido e estabelecido ‘Direito do Reino’. Assim, do mesmo modo, a 2ª. seção do art. 9º de nossa constituição estadual confirma todos os previamente mencionados princípios. Não era declaratória de nenhum direito novo, mas confirmava todos os antigos direitos e princípios, que estavam em uso no Estado...”²⁸

Com sua afirmação explícita de que a Constituição da Carolina do Sul “*não era declaratória de nenhum direito novo*”, os Juízes Grimke e Bay indicavam sua adesão à visão de muitos advogados e juízes norte-americanos de que as constituições escritas reafirmavam os direitos e princípios do “*Common Law*”²⁹. Ademais, este fundamento das constituições escritas no “*Common Law*” informava as interpretações judiciais destas constituições, como fica evidente na transcrição do voto do Juiz Waties acima.

O caso *Lindsay* demonstra que estes juízes da Carolina do Sul viam as constituições escritas como derivadas do “*Common Law*” e que, mesmo que eles possam mencionar a ambos como fontes jurídicas em face das quais os atos legislativos poderiam ser avaliados, esta diferenciação não era considerada como hierárquica ou de ordem³⁰. Em outras palavras, estes juízes não consideraram a constituição como sendo “*superior*” ou mais fundamental que o “*Common Law*”. Os Juízes Grimke e Bay (que decidiram o caso *Bowman*) concordaram com os Juízes Waties e Burke que a Constituição da Carolina do Sul repousava sobre princípios pré-existentes do “*Common Law*”. Isto não significa que a Constituição estadual e o “*Common Law*” tenham necessariamente a mesma extensão ou sejam inteiramente um a duplicata do outro, mesmo que eles tenham sido interpretados desta forma neste caso. Ademais, esta análise dos casos *Bowman* e *Lindsay* também sugere que os Juízes da corte da Carolina do Sul, assim como o Juiz Carrington, da corte de Virgínia, no caso *Jones*, que eu discuto a seguir, aparentemente viam o “*Common Law*” e a constituição como corpos distintos (e mutuamente reforçados) de direitos fundamentais.³¹

²⁸ 2 Bay at 57.

²⁹ REID, 1986, p. 69-70.

³⁰ É também por isto que os entendimentos dos Juízes Grimke e Waties no caso *Lindsay* podem ser lidos como consistentes analiticamente com a sua decisão no caso *Ham* e com a decisão dos Juízes Grimke e Bay no caso *Bowman*, ao invés de incompatíveis com a “*abordagem Coke*”. GOLDSTEIN, Leslie Friedman. Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law. *Journal of Politics*, Chicago, IL, USA, n. 48, p. 51-71, 1986, especialmente p. 67.

³¹ Em sua discussão do caso *Lindsay*, Sylvia Snowiss começa afirmando que o caso representa um amálgama entre o direito natural e o direito positivo. Mas ela prossegue então enfatizando que juízes em ambos os lados do resultado jurídico basearam seu raciocínio no “*Common Law*” assim como o reconhecimento pelo Juiz Grimke de que a constituição estadual reafirmara direitos e princípios jurídicos pré-existentes ao invés de criar direitos novos. SNOWISS, 1990, pp. 68-69. Ela conclui constatando que, no caso *Lindsay*, a corte avaliou a legislação analisada

Outro exemplo de uma corte estadual discutindo “*Common Law Review*” and “*Constitutional Review*” (controle de constitucionalidade) lado a lado ocorre no caso *Jones v. The Commonwealth*. O caso *Jones* envolveu a tentativa de impor multas conjuntas a vários réus que tinham sido condenados por assalto. Ao afastar as multas, o Juiz Carrington salientou a sua inconsistência com o princípio do “*Common Law*” de que uma pessoa “*não deveria sofrer pelo erro de outra*”. O Juiz Carrington então concluiu:

“Portanto, quer eu considere o caso com base ... nas doutrinas do ‘Common Law’, ou no espírito do ‘Bill of Rights’ e na Lei da Assembléia, eu estou igualmente firme em minha opinião de que a Corte Distrital deveria ter determinado ao júri discriminar; e que, tendo falhado em fazê-lo, que o seu julgamento está errado, e que deva ser revertido.”³²

No caso *Jones*, que foi decidido após a ratificação da Carta de Direitos federal e antes do caso *Marbury*, nós encontramos a Suprema Corte de Apelação de Virgínia articulando doutrinas paralelas do “*common law review*” e do “*constitutional review*”.

Alguns estudiosos que reconhecem as antigas distinções jurídicas e conceituais entre o “*Common Law*” e as constituições escritas presumem que estas fontes do direito eram colocadas hierarquicamente nas mentes dos advogados e dos juízes norte-americanos. Ou seja, estes estudiosos presumem que os princípios do “*Common Law*” existiam em um plano abaixo do direito legislado e da constituição³³. Esta é uma suposição natural para leitores contemporâneos de materiais antigos, mas ela apresenta o pensamento jurídico da época de modo incorreto. Por exemplo, Wayne Moore assinala que, no que talvez seja o primeiro caso de utilização do “*judicial review*” na história jurídica norte-americana, uma corte estadual articulou doutrinas paralelas do “*common law review*” e do “*constitutional review*”.

No caso *Holmes v. Walton*, a Corte Suprema de Nova Jérsei aparentemente invalidou a legislação estadual que previa julgamentos para certos casos diante de júris de seis pessoas ao invés de júris de doze pessoas. A corte de Nova Jérsei declarou que a previsão do júri de seis pessoas na Lei era contrária ao “*Direito*”, “*à Constituição de Nova Jérsei*”, e “*à Constituição, à prática e ao Direito da Região*” (“*Laws of the Land*”). Como indica Moore, à referência da

tanto com base na Constituição da Carolina do Sul como com base nos princípios do “*Common Law*”, sugerindo que estes serviram como bases independentes para o controle da legislação pela corte.

³² 1 Call. 555, 559, 5 Va. 208, 209 (1799) (grifamos).

³³ WHITTINGTON, 1999, p. 57; MOORE, Wayne D. Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, MN, USA, n. 7, p. 341-359, 1990, especialmente p. 353; GREY, Thomas C. Do We Have an Unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, Stanford, CA, USA, n. 27, p. 703-718, 1975, especialmente p. 715.

corte ao “Direito (‘Law’)”, parece ser uma referência ao “Common Law” e ao direito legislado³⁴, distinguindo-se da referência feita pela corte em separado à Constituição escrita de Nova Jérsei.³⁵

Moore segue explicando que, como ele a vê, a Constituição de Nova Jérsei estabeleceu “uma hierarquia tripartida” na qual o “Common Law” e o direito legislado então existente estariam na base, o direito legislado promulgado após a ratificação da Constituição de Nova Jérsei no meio e a Constituição estadual no topo. A dificuldade no caso *Holmes* era que a Constituição de Nova Jérsei não estipulava um número específico de jurados e que “os Juízes não podiam confiar no ‘Common Law’ para invalidar um julgamento por seis jurados, mas tinham de confiar no texto constitucional ou em outras normas (não escritas) de autoridade superior à da legislação ordinária.”³⁶

Há dois problemas na análise de Moore. Primeiro, os antigos advogados e juízes norte-americanos não traçavam distinções claras ou categóricas entre o “Common Law” e o direito constitucional³⁷. Como eu mencionei em minha discussão do caso *Lindsay*, o “Common Law” proporcionava as bases materiais e processuais para as constituições estaduais e para a Constituição Federal norte-americana.³⁸ Os advogados e juízes da época reconheciam a importância política de empenhar-se em redigir suas cartas fundamentais de governo, mas eles não acreditavam que estas cartas fossem, pelo fato de estarem redigidas, necessariamente exaustivas, nem que fossem expressões transformativas dos direitos.³⁹ Segundo, onde um direito fundamental do “Common Law” fosse afetado, tal como no processo do júri no caso *Holmes*, o “Common Law” poderia continuar a funcionar como se, nas palavras de Moore, fosse

³⁴ Considerando que o caso se refere aos requisitos específicos do direito ao julgamento pelo júri, parece mais provável que esta seja uma referência ao “Common Law” ao invés do direito legislado.

³⁵ MOORE, 1990, p. 352.

³⁶ MOORE, 1990, p. 353.

³⁷ STONER JR., James R. *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 1992, p. 6-7; ANASTAPLO, George. *The Constitution of 1787: A Commentary*. Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 1989, pp. 145-146.

³⁸ STONER Jr., James R. *Common-Law Liberty: Rethinking American Constitutionalism*. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 2003, pp. 16-21; ANASTAPLO, George. *The Amendments to the Constitution: A Commentary*. Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 1995, pp. 23, 26, 75 e 87-88; REID, 1991, p. 6; ANASTAPLO, 1989, pp. 4, 134-135 e 227. REID, 1986, pp. 69-70. WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969, p. 10; COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon Legislative Power of the United States of the American Union*. Boston, MA, USA: Little, Brown, 1868, pp. 37, 59-61, 175 e 416-417; GOLDSTEIN, Leslie Friedman. Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law. *Journal of Politics*, Chicago, IL, USA, n. 48, p. 51-71, 1986, p. 59.

³⁹ STONER, 2003, p. 15; GREY, 1975, pp. 715-716.

uma regra não escrita de autoridade superior à da legislação ordinária. Isto quer dizer que nem todos os direitos do “*Common Law*” foram criados iguais. Não há dúvida de que o legislativo poderia alterar alguns direitos existentes no “*Common Law*” (no direito contratual, por exemplo). Mas uma coisa completamente diferente é dizer que o legislativo poderia alterar (ou ab-rogar), por meio de leis, direitos do “*Common Law*” mais apreciados e fundamentais, tais como o direito de um processo pelo júri, ou a propriedade privada. Dito de outro modo, o reconhecimento do judiciário como uma ramificação co-igual do governo nos Estados Unidos – em reação à tradição Inglesa da absoluta soberania parlamentar – significa que as cortes eram cobradas com a responsabilidade constitucional de preservar direitos fundamentais (tal como o direito ao processo pelo júri) e de assegurar que o legislativo agia em conformidade com o direito fundamental (com base no “*Common Law*” ou no texto constitucional).⁴⁰

Estudiosos que presumem que o “*Common Law*” se situava hierarquicamente abaixo do direito legislado ou do direito constitucional nas mentes dos antigos advogados e juízes norte-americanos não percebem as diferenças intrínsecas entre os direitos do “*Common Law*”. Alguns direitos do “*Common Law*”, tal como o direito ao processo pelo júri, são frequentemente mencionados explicitamente nos textos constitucionais. Mas este era, essencialmente, um esforço para reafirmar um compromisso político e jurídico com este direito. Quando chamados para determinar as qualidades e os contornos deste direito, como o foi a corte de Nova Jérsei em *Holmes*, não causa surpresa que a corte mencione o “*Common Law*” e a Constituição estadual como fundamentos separados, independentes e igualmente significativos. O “*Common Law*” não deixou de existir como um fundamento para embasar a existência de um direito a um julgamento pelo júri ou como um fundamento para a determinação dos procedimentos processuais específicos deste direito, simplesmente porque a importância deste direito foi enfatizada pelos redatores da Constituição de Nova Jérsei.⁴¹ Como afirma George Anastaplo, os direitos fundamentais do “*Common Law*” “*foram sempre considerados pelos antigos norte-americanos como sendo constitucionalmente disponíveis para eles, independentemente do que qualquer documento pudesse dizer de tempo em tempo*”⁴². A garantia do julgamento por um júri com doze jurados era um direito do “*Common Law*” muito antigo e apreciado.⁴³ Quando

⁴⁰ GREY, Thomas C. Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, USA, n. 30, p. 843-893, 1978: especialmente pp. 863-869.

⁴¹ ANASTAPLO, 1995, p. 78.

⁴² ANASTAPLO, 1989, p. 69.

⁴³ STONER, 2003, p. 12. JACOBSON, Gary J. *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*. Totowa, NJ, USA: Rowman and Littlefield, 1986, p. 79.

confrontado com legislação que entrava em conflito com este direito, a corte de Nova Jérsei não se deteve pelo silêncio da constituição nem pela recente promulgação da norma legislativa. O caso *Holmes* referiu o “*Common Law*” e o direito constitucional como bases paralelas para o “*judicial review*” precisamente porque as duas fontes do direito permaneciam operantes na localização e na definição de direitos fundamentais.

Hoje, os norte-americanos presumem que o “*judicial review*” é um sinônimo do controle de constitucionalidade⁴⁴. Esta visão distorce o desenvolvimento do “*judicial review*” na antiga história jurídica norte-americana. O “*judicial review*” e o controle de constitucionalidade não tem a mesma extensão. Como os casos *Ham*, *Bowman*, *Lindsay* e *Jones* demonstram, o “*common law review*” existia lado a lado com o controle de constitucionalidade durante os primeiros dias da república. As cortes estaduais norte-americanas instituíram uma doutrina do “*judicial review*” fundada não somente no texto constitucional, mas também no “*Common Law*”. Como veremos na seção seguinte, durante este mesmo período, a Suprema Corte dos Estados Unidos e o próprio John Marshall, presidente da Suprema Corte, continuaram a se referir aos princípios do “*Common Law*” com uma base para a avaliação dos atos legislativos de forma independente e em paralelo ao texto da Constituição, mesmo depois de Marshall estabelecer o controle de constitucionalidade por sua famosa decisão no caso *Marbury*.

2 OS CASOS DA SUPREMA CORTE

2.1 O Caso *Calder v. Bull*

Antes e depois do caso *Marbury*, a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou atos legislativos com base em princípios do “*Common Law*” juntamente com (ou ao invés das) previsões constitucionais. Deste modo, a Suprema Corte endossou a prática do “*common law review*” do mesmo modo, e no mesmo período, com que as cortes estaduais tinham decidido. O primeiro exemplo do “*common law review*” na Suprema Corte dos Estados Unidos é o caso *Calder v. Bull*. O caso *Calder* envolveu uma disputa testamentária em Connecticut. A corte de Connecticut competente para a análise da validade jurídica do testamento analisou o caso e

⁴⁴ KRITZER, Herbert M. Courts, Justice and Politics in England. In JACOB, Herbert *et al.* *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. New Haven, CT, USA: Yale University Press, 1996, p. 154; SIEGEL, Stephen A. The Federal Government’s Power to Enact Color-Conscious Laws: An Originalist Inquiry. *Northwestern University Law Review*, Chicago, IL, n. 92, p. 477-590, 1998, especialmente pp. 542-543; CARTER, Stephen L. *Constitutional Improprieties: Reflections on Mistretta, Morrison, and Administrative Government*. *University of Chicago Law Review*, Chicago, IL, USA, n. 57, p. 375 e ss, 1990.

invalidou o testamento. Em resposta à decisão da corte, o poder legislativo estadual ab-rogou a decisão judicial e ordenou um novo julgamento. Na segunda audiência, a corte de Connecticut competente para a análise da validade jurídica do testamento o validou. Os herdeiros, Caleb Bull e sua esposa, que teriam recuperado sua condição de herdeiros *ab intestato* caso a corte tivesse mantido a invalidação do testamento no segundo julgamento, alegaram que o ato legislativo havia violado *ex post facto* a disposição constante no art. I, seção 10, da Constituição dos Estados Unidos.

A Suprema Corte se recusou a cassar o ato legislativo de Connecticut. No seu voto, o Juiz Samuel Chase expressou sua opinião de que a proibição contra leis *ex post facto* teria sentido apenas no contexto penal. Consequentemente, ele determinou que a natureza civil do caso *Calder* tornava a cláusula *ex post facto* inaplicável.

Mas o caso *Calder* é lembrado não pela importância patrimonial, que não era muito significativa. O caso *Calder* contém duas importantes declarações judiciais envolvendo visões concorrentes relativas às características de uma constituição escrita e as suas implicações para o alcance do “*judicial review*” e o equilíbrio entre os poderes governamentais. Simplificando, um ponto de vista (defendido pelo Juiz Chase), sustenta que os direitos e princípios encontrados no texto constitucional não exaurem os direitos e princípios aos quais os juízes podem apelar quando analisam a juridicidade de atos governamentais. O segundo ponto de vista (defendido pelo Juiz James Iredell) é que os direitos e princípios aos quais os juízes podem se referir quando controlam os exercícios do poder público são delimitados pelo texto constitucional.

Em sua famosa exposição do primeiro ponto de vista, o Juiz Chase escreveu: Há leis que o legislativo federal, ou estadual, não podem fazer sem exceder a sua autoridade. Há certos princípios vitais em nossos governos republicanos livres, que determinarão e anularão um aparente e flagrante abuso do poder legislativo; tal como autorizar manifesta injustiça pelo direito positivo... O gênio, a natureza, o espírito de nossos governos estaduais nos leva à proibição de tais atos legislativos; e os *princípios gerais do direito e da razão os proíbem* ... Sustentar que nossos legislativos federais ou estaduais possuam estes poderes se eles não tiverem sido expressamente restringidos seria, em minha opinião, uma heresia política, completamente inadmissível em nossos governos republicanos livres... Mas se eu tiver de exercer a jurisdição eu não decidirei que nenhuma lei seja nula, senão em um caso muito claro.⁴⁵

O Juiz Iredell respondeu ao Juiz Chase da seguinte forma:

Se, então, um governo, composto pelos departamentos Legislativo, Executivo e Judiciário, foi estabelecido por uma Constituição que não impôs limites ao poder legislativo, a consequência seria, inevitavelmente, que seja o que for que o poder

⁴⁵ 3 U.S. (3 Dall.) 386, 388-389, 395, 1 L. Ed. 648 (1798) (grifos no original) (outros grifos apagados).

legislativo escolher promulgar, seria promulgado juridicamente, e o Poder Judiciário nunca poderia se interpor para pronunciá-lo nulo. É verdade que alguns juristas especulativos tem sustentado que um ato legislativo contrário ao direito natural deveria, em si, ser nulo; mas eu não posso pensar que, sob tal governo, alguma Corte de Justiça possuiria um poder para declará-lo nulo... Para evitar, portanto, um mal tão grande, tem sido a política de todos os estados norte-americanos, que estruturaram, individualmente, suas constituições estaduais desde a revolução, e do povo dos Estados Unidos, quando estruturou a Constituição Federal, definir com precisão os objetivos do Poder Legislativo, e restringir o seu exercício dentro de limites claramente definidos. Se uma lei qualquer do Congresso, ou da Assembléia Legislativa de um Estado, violar estas disposições constitucionais, ela é inquestionavelmente nula; Eu admito, contudo, que a autoridade para declará-la nula tem uma natureza delicada e terrível, a Corte não deverá recorrer nunca a esta autoridade, senão em um caso claro e urgente. Se, por outro lado, o Legislativo da União, ou o Legislativo de qualquer membro da União, aprovar uma lei dentro do escopo geral do seu poder constitucional, a Corte não pode pronunciá-la nula, simplesmente porque ela seja, no seu julgamento, contrária aos princípios da justiça natural.⁴⁶

Chase e Iredell concordam em muitos pontos. Eles concordam que a proibição contra leis *ex post facto* se estende apenas aos casos criminais. Eles também concordam que a Constituição dos Estados Unidos e o seu sistema de governo foram planejados para evitar os desequilíbrios percebidos no estilo Inglês de governo, especialmente aqueles causados pela soberania parlamentar.⁴⁷ Ademais, eles concordam que os juízes devem afirmar a autoridade para controlar a legislação apenas em casos muito claros. Finalmente, eles concordam que a Constituição forneceu um corpo de princípios jurídicos que os juízes podem invocar ao controlar a ação legislativa. Mas, é claro, eles discordam veementemente sobre se a Constituição forneceu o corpo exclusivo de princípios para este propósito; e, conseqüentemente, eles discordam acerca dos casos nos quais os juízes podem exercer apropriadamente esta autoridade.

A referência do Juiz Chase aos “*princípios gerais do direito e da razão*” é uma referência ao “*Common Law*”.⁴⁸ Alguns escritores afirmam que a decisão do Juiz Chase no caso *Calder* reivindica um embasamento no “*direito natural*” para o “*judicial review*” da legislação.⁴⁹ Esta afirmação é curiosa, senão completamente desprovida de embasamento, dado

⁴⁶ 3 U.S. at 398-399.

⁴⁷ 3 U.S. at 389, 398-399.

⁴⁸ BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution* (edição ampliada). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, p. 77-78; STIMSON, Shannon C. *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall*. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 1990, p. 77; REID, 1986, p. 75.

⁴⁹ MASSEY, Calvin R. The Natural Law Component of The Ninth Amendment. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, OH, USA, n. 61, p. 48-105, 1992, especialmente p. 78; SHERRY, 1987, pp. 1172-1173.

o papel proeminente do “*Common Law*” na opinião do Juiz Chase⁵⁰ e a notável ausência de qualquer referência ao direito natural (enquanto ordenamento), ou a direitos naturais, ou ao direito da natureza em qualquer parte do voto do Juiz Chase (ou no voto de qualquer outro Juiz que tenha decidido o caso *Calder*).⁵¹

Outros estudiosos sugerem que qualquer tentativa para encontrar uma distinção coerente entre o “*Common Law*” e o direito natural no antigo pensamento jurídico norte-americano é desesperado, pois os antigos advogados norte-americanos estavam desesperadamente confusos acerca do assunto.⁵² Mas eu sou mais sanguíneo. Embora houvesse confusão sobre as doutrinas nos Estados Unidos, como tinha havido na Inglaterra, o “*Common Law*” e o direito natural eram reconhecidos por muitos antigos advogados norte-americanos como sendo corpos distintos de princípios. Outras antigas decisões da Suprema Corte, e os argumentos do advogado apresentados à corte nestes casos, fornecem embasamento para esta afirmação.

2.2 O Caso *Chisholm v. Geórgia*

21

⁵⁰ O Juiz Stevens enfatizou este ponto no caso *Carmell v. Texas*, 529 U.S. 513, 521-522 (2000).

⁵¹ Um estudioso com dificuldades causadas pela predisposição para ver o direito natural no voto do Juiz Chase no caso *Calder* é Mathew Franck. Franck argumenta que Chase não estava invocando nenhuma autoridade judicial ao se referir ao direito fundamental não constitucional para controlar atos legislativos. Ao invés, diz Franck, as bem conhecidas declarações de Chase “*Se descobriu serem pouco mais do que um aparte sobre teoria política [do governo limitado derivado do contrato social] que, na prática não tem importância jurídica.*” FRANCK, Matthew J. *Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996, p. 123. Há três problemas aqui. Primeiro, como o próprio Franck nota, o Juiz Chase se refere explicitamente, no caso *Calder*, à “*certos princípios vitais que anulariam um ato legislativo quando este ‘autorizar injustiça manifesta pelo direito positivo’*”. FRANCK, 1996, p. 120. Em face da esmagadora tendência para presumir que a questão no caso *Calder* é se o voto do Juiz Chase é derivado do direito natural, Franck é uma vítima de fazer a pergunta errada. Ao invés de procurar uma fonte alternativa de direito fundamental, ele tenta construir uma leitura do voto do Juiz Chase que se parece mais com um tratado político do que com um voto jurídico. Segundo, Franck refere algumas especulações históricas como apoio potencial para duvidar que o voto do Juiz Iredell visasse responder ao voto de Chase. Adicionalmente, Franck diz que Iredell “*não era um positivista jurídico que rejeitasse a existência do direito natural...*” FRANCK, 1996, p. 125. Isto apenas implora a questão. A questão no caso *Calder* não é se o direito natural era um corpo de princípios jurídicos familiar aos advogados e juízes treinados no século XVIII. A questão é se este corpo familiar de direitos fundamentais poderia ser empregado pelos juízes para controlar atos legislativos. Finalmente, Franck diz que os “*juristas especulativos*” aos quais Iredell se refere no seu voto seriam os teóricos estudados da época (Blackstone, Pufendorf, Vattel), e sugere que o voto de Iredell deva ser lido como concordando com as visões destes juristas especulativos. FRANCK, 1996, p. 126. Deixando de lado a incongruência desta leitura com a linguagem e a estrutura do voto de Iredell, Franck omite de sua lista estudiosos do “*Common Law*” tais como Edward Coke e, como explicarei na seção seguinte, a tentativa de leitura de Franck do voto de Iredell no caso *Calder* é incoerente com outros votos de Iredell (tal como no caso *Chisholm*) ou com o mais amplo foco intelectual de Iredell em fontes jurídicas definitivas e reconhecidas (tal como uma constituição escrita).

⁵² WHITMAN, James Q. Why Did The Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason? *University of Chicago Law Review*, Chicago, IL, USA, n. 58, p. 1321-1368, 1991, especialmente pp. 1356-1368.

A primeira opinião é o voto vencido do Juiz Iredell no caso *Chisholm v. Geórgia*. A questão discutida em *Chisholm* era se uma parte privada residente em um Estado poderia ajuizar um processo contra um Estado irmão na justiça federal pela violação do direito estadual. A tese majoritária no caso *Chisholm* afirmou que um Estado poderia ser processado na justiça federal, em um caso apropriado, por um residente de outro Estado. As bases da tese majoritária foram: a linguagem clara do art. III da Constituição dos Estados Unidos, a necessidade prática de aplicar as disposições constitucionais aos Estados e o consentimento implícito dos Estados ao processo em virtude da ratificação de cada Estado à Constituição dos Estados Unidos.⁵³ A decisão da Corte no caso *Chisholm* resultou na promulgação da 11ª. Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que impede a justiça federal de conhecer de processos entre partes privadas e Estados individuais.

O Juiz Iredell foi vencido no caso *Chisholm*. Talvez reconhecendo a futilidade de contestar a linguagem do art. III antes da promulgação da 11ª. Emenda Constitucional, o Juiz Iredell focou-se, ao invés disto, na Lei do Judiciário de 1.789 para afirmar que um Estado seria imune ao processo por uma parte privada na corte federal. Em sua análise do texto legal, Iredell toma a frase “*os princípios e usos do direito*” na Lei do Judiciário como significando o “*Common Law*”.⁵⁴ A leitura de Iredell da Lei do Judiciário é importante por três motivos. Primeiro, a compreensão de Iredell da linguagem geral das leis como uma referência ao “*Common Law*” mostra que os antigos advogados norte-americanos diferenciavam o “*Common Law*” do direito natural e que eles viam o “*Common Law*” como o corpo doutrinário relevante para a avaliação de teses judiciais. Quando considerou a possibilidade de disparidades no direito dos diferentes Estados e o valor da continuidade no direito dos Estados Unidos, Iredell compreendeu a necessidade de reconhecer e de estabelecer um corpo coerente de princípios jurídicos aplicável a todos os Estados na União. Ele encontrou este corpo de princípios no “*Common Law*”:

Os únicos princípios do direito, então, que podem ser considerados, são aqueles comuns a todos os Estados. Eu não conheço nenhum, que possa afetar este caso, senão aqueles que são derivados do que é propriamente chamado de o “*Common Law*”, um direito que eu presumo que seja a base do direito vigente em cada Estado e na União, e que eu considero, tanto quanto seja aplicável às circunstâncias peculiares do país, e onde nenhum ato legislativo especial o controle, como vigente em cada Estado, como existia na Inglaterra...⁵⁵

⁵³ 2 U.S. (2 Dall.) 419, 421, 422, 423, 1 L. Ed. 440 (1793).

⁵⁴ *Chisholm*, 2 U.S. at 433-434, 435.

⁵⁵ *Chisholm*, 2 U.S. at 435 (grifamos).

O Juiz Iredell repetiu esta ênfase na proeminência do “*Common Law*” como o corpo de princípios jurídicos dotados de autoridade no restante de seu voto.⁵⁶ Mais adiante, no seu voto, após estabelecer o “*Common Law*” como o único corpo de princípios relevantes para a decisão em *Chisholm*, Iredell mencionou o direito natural de passagem.⁵⁷ O voto vencido do Juiz Iredell no caso *Chisholm* representa um exemplo convincente de um antigo jurista norte-americano distinguindo o “*Common Law*” e o direito natural e confirmando a proeminência do primeiro na prolação de decisões judiciais.⁵⁸

Segundo, a referência aos “*princípios e usos do direito*” na Lei do Judiciário analisada por Iredell no caso *Chisholm* é marcadamente similar à frase “*os princípios do direito e da razão*” utilizada pelo Juiz Chase no caso *Calder*. Apesar de sua discordância teórica no caso *Calder*, os Juízes Chase e Iredell teriam ambos entendido uma frase geral tal como “*os princípios do direito*” como referente ao “*Common Law*” (tal como fez Iredell no caso *Chisholm*). Os Juízes Chase e Iredell teriam ambos entendido a frase do Juiz Chase “*os princípios do direito e da razão*” no caso *Calder* como referentes à razão e aos princípios do “*Common Law*”.

Terceiro, o voto de Iredell no caso *Chisholm* ganha significado adicional em face do consistente reconhecimento pelo Juiz Iredell da importância das fontes do direito dotadas de autoridade. Como resultado do seu voto no caso *Calder*, do seu argumento no caso *Bayard* e de algumas outras observações escritas, muitos estudiosos enfatizam o gosto de Iredell pelas declarações escritas de direitos, particularmente a Constituição escrita dos Estados Unidos.⁵⁹ Esta é, sem dúvida, uma avaliação correta da perspectiva intelectual de Iredell como advogado e como Juiz. Mas o caso *Chisholm* sugere que Iredell também via o “*Common Law*” com uma fonte jurídica unicamente importante, mesmo nos casos de significância constitucional.

Nós não temos outras regras para nos governar senão os princípios das normas pré-existent, que devem permanecer em vigor até que sejam superadas por outras, portanto nos incumbe perguntar se antes da adoção da Constituição (em cujo período,

⁵⁶ *Chisholm*, 2 U.S. at 437, 440, 442, 446-447.

⁵⁷ *Chisholm*, 2 U.S. at 442.

⁵⁸ O Juiz Souter analisa o caso *Chisholm* deste modo no seu voto vencido no caso *Alden v. Maine*. O Juiz Souter demonstra a distinção histórica entre as concepções do “*Common Law*” e do direito natural acerca da imunidade do soberano durante e após o período colonial, a característica da impenibilidade jurídica da concepção do “*Common Law*”, e a ausência de qualquer embasamento de direito natural na decisão do caso *Chisholm*. Ver *ALDEN*, 527 U.S. at 764-765, 772, 778, 781, 798.

⁵⁹ RAKOVE, Jack N. *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. New York, NY, USA: Knopf, 1996, pp. 278-279; WOOD, 1969, pp. 460-461.

ou no período de aprovação da norma, com respeito ao objeto desta questão, é perfeitamente indiferente) um ato de natureza assemelhada a este *sub judice* perante a corte poderia ter sido defendido em face de um dos Estados da União com base nos princípios do “*Common Law*”, que eu demonstrei serem aplicáveis isoladamente.⁶⁰

O ponto crucial aqui é que Iredell se focou em articulações definitivas de direitos e em limites ao Poder Legislativo. Estas expressões do direito não precisam ser limitadas, entretanto, a uma Constituição escrita ou (para federalistas tais como Iredell) por uma carta de direitos.⁶¹ De fato, o Juiz Iredell acreditava na importância do direito como um limite externo ao poder legislativo intrínseco ao genuíno constitucionalismo, mas o papel da lei não era necessariamente, ultimamente ou exclusivamente confinado ao texto da própria Constituição; o “*rule of law*” foi preservado por juízes que aplicavam princípios jurídicos aceitos e processos para restringir o governo e para garantir as liberdades do povo.⁶² Para Iredell e para alguns outros antigos juristas norte-americanos, o “*Common Law*” proporcionava estes princípios e processos jurídicos dotados de autoridade, enquanto o direito natural não o fazia.⁶³

As ideias do “*Common Law*” acerca da soberania e da imunidade do soberano⁶⁴ nos Estados Unidos na época colonial foi influenciada pela desconfiança crescente dos norte-americanos da época diante da absoluta supremacia parlamentar.⁶⁵ Não é de surpreender, portanto, que juízes e advogados operando nesta atmosfera política devessem olhar para o “*Common Law*” como a base jurídica para controlar as ameaças de abusos do poder legislativo. Os advogados norte-americanos relacionavam o “*Common Law*” com o bom senso judicial, distinguiram o “*Common Law*” do direito natural e confiavam no “*Common Law*” ao invés de no direito natural para a formulação e a ampliação de doutrinas jurídicas que tocavam nos aspectos mais fundamentais do nascente sistema federal de governo e no seu sistema de

⁶⁰ *Chisholm*, 2. U.S. at 437.

⁶¹ Esta leitura do caso *Chisholm* ajuda a harmonizar e a integrar o pensamento de Iredell nestas questões de *Bayard* a *Chisholm* e a *Calder* e a explicar porque é um erro presumir, como o fazem alguns, que o voto de Iredell no caso *Calder* teria sido uma desaprovação de sua posição no caso *Bayard*. GOLDSTEIN, 1986, p. 65.

⁶² RAKOVE, 1996, pp. 325-330, 343-344; SNOWISS, 1990, pp. 26-27, 66; REID, 1986, pp. 135; WOOD, 1969, pp. 461-462.

⁶³ Outro caso contemporâneo que exemplifica a antiga confiança norte-americana no “*Common Law*” ao invés de no direito natural é o caso *McIlvaine v. Coxe’s Lessee*, 8. U. S. (4 Cranch) 209, 2 L. Ed. 598 (1808).

⁶⁴ N. do T. Por “*sovereignty immunity*” o autor refere o que chamamos, no direito administrativo brasileiro, de irresponsabilidade do Estado, teoria vigente no século XVIII e na primeira metade do século XIX em todo o mundo, frequentemente referida com a expressão inglesa “*the king can do no wrong*”, que poderia ser traduzida, utilizando o sentido da expressão no direito administrativo, como “*o Estado não pode causar dano (indenizável)*”.

⁶⁵ CORWIN, Edward. The Establishment of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, MI, USA, n. 9, p. 102-125, 1910, especialmente p. 106.

separação equilibrada de poderes, evitando a soberania parlamentar Inglesa e abraçando um judiciário com poderes aceitos de “*judicial review*”.

2.3 O Caso *Fletcher v. Peck*

O caso *Calder* foi decidido cinco anos antes da decisão do caso *Marbury*. Mas o estabelecimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos pela decisão do caso *Marbury* não terminou com a confiança da Suprema Corte no “*Common Law*” como uma base alternativa para o “*judicial review*”. No caso *Fletcher v. Peck*, decidido sete anos após a decisão do caso *Marbury*, Marshal, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, continuou a invocar os princípios do “*Common Law*” como uma base para o “*judicial review*” à parte do controle com base exclusiva nas disposições constitucionais.

O caso *Fletcher* envolveu uma escritura de transferência de propriedade de uma área de terra na Geórgia de John Peck para Robert Fletcher. Infelizmente, entretanto, alguns dos legisladores estaduais da Geórgia que votaram originalmente em favor da concessão pela qual o predecessor de Peck, James Gunn, adquiriu o título de propriedade, tinham sido subornados. A assembleia legislativa da Geórgia, posteriormente, anulou a lei infectada e rescindiu a concessão de terra. O problema apresentado no caso *Fletcher* centrou-se na discussão da competência da assembleia legislativa da Geórgia para anular a concessão original a Gunn, despoando, desse modo, Peck de seu direito de propriedade e Fletcher de sua aquisição.

A Suprema Corte recusou-se a admitir o ato legislativo subsequente da assembleia legislativa da Geórgia, baseando sua decisão em dois fundamentos. Primeiro, o Juiz Marshall referiu a regra do “*Common Law*” de que, havendo boa-fé, compradores inocentes de terra por valor considerável adquirem um título juridicamente válido.⁶⁶ Segundo, Marshall indicou que a Lei da assembleia legislativa da Geórgia, embora parecesse atacar o título original de propriedade, era equivalente a um prejuízo legal a uma obrigação contratual, violando o disposto no art. I, seção 10, da Constituição dos Estados Unidos. Combinando estas duas razões para a decisão da Corte, Marshall escreveu:

É, então, a opinião unânime da Corte que, neste caso, tendo a propriedade imobiliária sido passada das mãos de um vendedor por um valor considerável, sem aviso, ao Estado da Geórgia era vedado, seja pelos princípios gerais que são comuns às nossas

⁶⁶ 10 U. S. (6 Cranch) 87, 132-135, 3 L. Ed. 162 (1810).

instituições livres *ou* pelas disposições específicas da Constituição dos Estados Unidos, aprovar uma lei pela qual a propriedade do demandante adquirida conforme as premissas possa ser constitucional e legalmente comprometida e tornada nula e sem efeitos.⁶⁷

Nesta passagem, o Juiz Marshall indica dois embasamentos paralelos para a invalidação, pela Corte, do ato legislativo da Geórgia. De acordo com Marshall, a Lei da assembléia legislativa da Geórgia estava sujeita à invalidação seja por violar princípios gerais seja por violar a própria Constituição. Os comentadores reconheceram a confiança de Marshall nestes dois fundamentos para o controle constitucional e extra-constitucional do ato legislativo no caso *Fletcher*.⁶⁸ Estes comentadores também reconheceram que os princípios gerais referenciados por Marshall no caso *Fletcher* são os mesmos discutidos pelo Juiz Chase no caso *Calder*.⁶⁹

Tal como o Juiz Chase no caso *Calder*, a referência de Marshall aos princípios gerais no caso *Fletcher* é uma referência aos princípios do “*Common Law*”⁷⁰. Consequentemente, os casos *Calder* e *Fletcher* afirmam a proposição de que os princípios do “*Common Law*” fornecem uma base jurídica para o “*judicial review*” de atos legislativos independentemente (e conjuntamente) de uma constituição escrita. Ademais, o poder do “*common law review*” não pode ser separado de suas implicações na assistência para as relações entre as ramificações de um governo plural. Marshall parece reconhecer isto no caso *Fletcher*:

É da competência peculiar do legislativo prescrever regras gerais para o governo da sociedade; a aplicação destas regras aos indivíduos na sociedade pareceria ser o dever de outros departamentos. Quão longe o poder de legislar pode envolver todo e qualquer poder distinto, em casos em que a Constituição silencia, nunca foi, e talvez nunca seja, estabelecido definitivamente.⁷¹

Marshall, sábia e cautelosamente, deixou a porta aberta no caso *Fletcher*. Ele poderia muito bem ter acreditado que os princípios do “*Common Law*” tinham de ser mantidos como um fundamento independente e viável para o “*judicial review*”, porque ele não sabia ainda qual seria o destino político e jurídico do controle de constitucionalidade.⁷² Naturalmente, o controle de constitucionalidade seria logo aceito como uma parte da estrutura constitucional do governo

⁶⁷ *Fletcher*, 10 U. S. at 139 (grifamos).

⁶⁸ GOLDSTEIN, 1986, p. 68.

⁶⁹ GREY, Thomas C. The Uses of an Unwritten Constitution. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, IL, USA, n. 64, p. 211-238, 1988, especialmente p. 217.

⁷⁰ EISGRUBER, Christopher L. John Marshall’s Judicial Rhetoric. *Supreme Court Review*, Chicago, IL, USA, n. 119, p. 439-481, 1996, especialmente p. 467.

⁷¹ *Fletcher*, 10 U. S. at 136.

⁷² McDONNALD, 1985, p. 276; HAINES, Charles Grove. *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1932, p. 232-321.

norte-americano. E enquanto o controle de constitucionalidade se tornou amplamente aceito, o “*common law review*” foi gradualmente esquecido⁷³, até que chegamos hoje em um ponto onde os advogados e juízes norte-americanos acreditam que o único fundamento disponível para o “*judicial review*” é a referência à Constituição. Mas como os casos *Calder* e *Fletcher* demonstraram, isto não parece ser o que os Juízes Marshall e Chase previram.

No caso *Marbury*, Marshall concentrou a sua atenção na Constituição escrita; mas sua decisão posterior no caso *Fletcher* torna claro que ele não acreditava, mesmo quando redigiu o seu voto no caso *Marbury*, que a constituição escrita fosse o único e exclusivo fundamento com base no qual as cortes poderiam invalidar abusos do poder legislativo. Do começo ao fim deste período, os juízes e advogados norte-americanos viam o “*Common Law*” com uma restrição jurídica fundamental ao poder governamental, ecoando e incorporando o duradouro elo do “*Common Law*” com o pensamento constitucional Inglês do “*rule of law*” e com o constitucionalismo do “*Common Law*”, que tinha sido amplamente esquecido na Inglaterra daqueles dias com o seu compromisso com a supremacia parlamentar.⁷⁴

É importante para mim re-enfatizar que os casos que eu refiro e discuto são, e podem apenas ser, sugestivos das práticas jurídicas norte-americanas daquele tempo. Certamente, podem ser encontrados outros casos nos quais o direito natural parece ter o papel principal, e ainda mais casos podem ser encontrados, nos quais as cortes ou os advogados parecem se referir ao “*Common Law*” e ao direito natural sem qualquer cuidado, se não os identificando. Mas minha intenção aqui não é estabelecer que todos os advogados norte-americanos durante este período mantiveram uma distinção precisa e prístina entre o “*Common Law*” e o direito natural. Eu apenas quero mostrar que alguns advogados e juízes não apreciaram esta distinção, enquanto outros advogados e juízes reconheceram o “*Common Law*” como formador da base teórica e jurídica para uma prática alternativa do “*judicial review*” que não derivava necessariamente do texto da Constituição.

⁷³ GOLDSTEIN, 1986, p. 52.

⁷⁴ REID, 1986, p. 23. Sylvia Snowiss reconhece que o caso *Fletcher* fornece “*um fundamento alternativo*” para a renúncia judicial da legislação. Mas ela acredita que Marshall tratava o direito natural como o fundamento extra-constitucional para a decisão. SNOWISS, 1990, pp. 126-128. Enquanto a linguagem e os argumentos do voto de Marshall não permitem uma leitura pelo direito natural no caso *Fletcher*, o voto do Juiz Johnson no caso *Fletcher* baseia-se, de fato, em fundamentos do direito natural, principalmente em decorrência de sua referência a “*um princípio o qual ... imporia leis até à divindade.*” De fato, o voto isolado de Johnson baseado no direito natural reforça a leitura pelo “*Common Law*” do voto de Marshall. O caso *Fletcher* indica que Marshall percebia as limitações jurídicas ao poder legislativo como inerentes a mais do que somente à Constituição. Em contraste com a confiança de Johnson no direito natural como o limite extra-constitucional ao poder governamental, Marshall invocava, pelo menos em parte, ao “*Common Law*” como fundamento para a mesma finalidade.

O desenvolvimento do “*common law review*” na Suprema Corte espelhou a experiência das cortes estaduais. O “*common law review*” foi articulado primeiro, em alguma extensão, isoladamente. Aqui o caso *Calder* pode ser equiparado com os casos *Ham* e *Bowman*. Mas rapidamente, como evidenciado pela Suprema Corte da Virgínia no caso *Jones* e no voto de Marshall no caso *Fletcher* (e menos explicitamente pela corte da Carolina do Sul no caso *Lindsay* e no voto de Iredell no caso *Chisholm*), os juízes norte-americanos perceberam que o “*common law review*” e o controle de constitucionalidade poderiam funcionar lado a lado, fornecendo fundamentos complementares para a avaliação da legislação e dos atos do executivo.

CONCLUSÃO

Neste artigo, eu busco estabelecer a existência de uma doutrina norte-americana do “*judicial review*” exógena à Constituição escrita. Esta é a doutrina estabelecida pelos casos que eu analisei neste artigo. E estas decisões – *Ham*, *Bowman*, *Lindsay*, *Jones*, *Calder*, *Chisholm* e *Fletcher* – devem ser reconhecidas pelo que são: uma linha discreta, coerente e coesa de precedentes articulando um princípio do “*Common Law*” e um corpo de idéias jurídicas que refletem a característica autoridade e responsabilidade dos juízes do “*Common Law*”, um princípio e uma concepção que persistiram ao longo de toda a histórica anglo-americana do “*Common Law*”. Este é o fundamento jurídico para os juízes controlarem a legislação e as ações governamentais em face dos princípios do “*Common Law*”. Esta foi a visão da autoridade judicial que foi transportada através do oceano atlântico, onde ela finalmente encontrou solo fértil. Muito cedo, os norte-americanos compreenderam a importância de um judiciário independente para a separação dos poderes governamentais⁷⁵. Ademais, um judiciário independente deve exercitar julgamentos independentes. Esta é a motivação concernente ao “*common law review*” tal como revelada pela cuidadosa consideração dos casos norte-americanos que incorporaram este princípio no direito dos Estados Unidos durante o final do século XVIII e o início do século XIX. Os antigos juízes norte-americanos reconheceram a importância de um judiciário independente, mas juridicamente restrito e o seu posto central na manutenção do “*rule of law*” de acordo com a tradição anglo-americana do constitucionalismo do “*Common Law*”.

⁷⁵ BAILYN, 1992, pp. 74-75, 105-108.

Rastreado até os seus ancestrais jurídicos, o “*common law review*” busca uma concepção integral das obrigações jurídicas de um juiz do “*Common Law*” e o lugar de um judiciário independente em um sistema de governo plural. Esta é a autêntica tradição do “*Common Law*” que nós herdamos de Chase e Marshall. Nós devemos cuidar para não deixar o nosso orgulho e as nossas preocupações com a nossa Constituição escrita ofuscarem os fundamentos jurídicos e conceituais do documento no “*Common Law*”. Nós não devemos esquecer a longa história na tradição do “*Common Law*” de um judiciário independente aplicando princípios do “*Common Law*” para assegurar que o governo permanece limitado e responsável diante do direito. O constitucionalismo não começa com a Constituição [escrita].

REFERÊNCIAS

ANASTAPLO, George. *The Constitution of 1787: A Commentary*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1989.

_____. *The Amendments to the Constitution: A Commentary*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution* (edição ampliada). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

BURGESS, Glenn. *Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*. New Haven: Yale University Press, 1996.

CARTER, Stephen L. Constitutional Improprieties: Reflections on Mistretta, Morrison, and Administrative Government. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 57, 1990.

CASTO, William R. James Iredell and the American Origins of Judicial Review. *Connecticut Law Review*, Hartford, n. 27, p. 329-363, 1995.

CLINTON, Robert Lowry. *God and Man in the Law: The Foundations of the Anglo-American Constitutionalism*. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon Legislative Power of the United States of the American Union*. Boston: Little, Brown, 1868.

CORWIN, Edward. The Establishment of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, n. 9, p. 102-125, 1910.

DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. Indianapolis: Liberty Found, 1982.

EDLIN, Douglas E. From Ambiguity to Legality: The Future of English Judicial Review. *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 52, n. 2, p. 383-401, 2004.

EISGRUBER, Christopher L. John Marshall's Judicial Rhetoric. *Supreme Court Review*, Chicago, n. 119, p. 439-481, 1996.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

30

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

_____. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. New York: Oxford University Press, p. 134-157, 1992.

FRANCK, Matthew J. *Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman. Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law. *Journal of Politics*, Chicago, n. 48, p. 51-71, 1986.

GREY, Thomas C. Do We Have an Unwritten Constitution? *Stanford Law Review*, Stanford, n. 27, p. 703-718, 1975.

_____. Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought. *Stanford Law Review*, Stanford, n. 30, p. 843-893, 1978.

_____. The Uses of an Unwritten Constitution. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, IL, USA, n. 64, p. 211-238, 1988.

HAINES, Charles Grove. *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1932.

HOWARD, A. E. Dick. *The Road from Runnymede: Magna Carta and Constitutionalism in America*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1968.

JACOB, Herbert *et al.* *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. New Haven, CT, USA: Yale University Press, 1996.

JACOBSON, Gary J. *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*. Totowa: Rowman and Littlefield, 1986.

KRAMER, Larry D. We The Court. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 115, p. 4-167, nov. 2001.

31

MASSEY, Calvin R. The Natural Law Component of The Ninth Amendment. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, n. 61, p. 48-105, 1992.

McCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*. Lawrence, KS, USA: University Press of Kansas, 1985.

MOORE, Michael S. Law as a Functional Kind. In. ed. GEORGE, Robert. P. *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

MOORE, Wayne D. Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, n. 7, p. 341-359, 1990.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. & MACEDO, Stephan. *American Constitutional Interpretation*. 3. ed. Westbury: Foundation Press, 2003.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

POSTEMA, Gerald. J. Law's Autonomy and Public Practical Reason. In. Ed. GEORGE, Robert. P. *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

RAKOVE, Jack N. *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. New York: Knopf, 1996.

REID, John Phillip. *Constitutional History of the American Revolution: The Authority of Rights*. Madison: University of Wisconsin Press, 1986.

_____. *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. *Constitutional History of the American Revolution: The Authority to Legislate*. Madison: University of Wisconsin Press, 1991.

RIGGS, Robert E. Substantive Due Process in 1791. *Wisconsin Law Review*, Madison, 1990, p. 941-1005, 1990.

SCHAUER, Frederick & WISE, Virginia. Legal Positivism as Legal Information. *Cornell Law Review*, Ithaca, n. 82, p. 1080-1110, 1997.

SHERRY, Suzanna. Natural Law in the States. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, n. 61, p. 171-222, 1992.

_____. The Founders' Unwritten Constitution. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 54, p. 1127-1177, 1987.

SIEGEL, Stephen A. The Federal Government's Power to Enact Color-Conscious Laws: An Originalist Inquiry. *Northwestern University Law Review*, Chicago, n. 92, p. 477-590, 1998.

SMITH, Thomas W. Finnis' Questions and Answers: An Ethics of Hope or Fear? *American Journal of Jurisprudence*, Oxford, n. 40, p. 27-49, 1995.

SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 1990.

SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre, 2002.

STIMSON, Shannon C. *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall*. Princeton, NJ, USA: Princeton University Press, 1990.

STONER JR., James R. *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 1992.

_____. *Common-Law Liberty: Rethinking American Constitutionalism*. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 2003.

33

WHITMAN, James Q. Why Did The Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason? *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 58, p. 1321-1368, 1991.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*. Lawrence, USA: University Press of Kansas, 1999.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel. Hill: University of North Carolina Press, 1969.

Submissão: 31/03/2015
Aceito para Publicação: 27/08/2015